

HC 5, 11-12-2019, De reikwijdte van overheidsregulering en waartoe gestraft mag worden

Twee normatieve vragen

Dit college gaat, meer dan de andere colleges, over waardeoordelen vellen. De twee hoofdvragen van dit college zijn: ‘wat legitimeert overheidsmacht?’ en ‘waarmee mag de overheid zich bemoeien?’. Het is één ding dat de overheid straffen op mag leggen, maar mag de overheid dit ook op alle vlakken doen? Is er een privédomein van de burger waar de overheid, maar ook de samenleving, buiten moet blijven?

Democratie gaat over volkssoevereiniteit. Er is niet één soeverein die over de burgers oordeelt, maar er zijn gekozen vertegenwoordigers. Vanuit dit perspectief gezien mag de overheid zich bemoeien met datgene waar burgers toestemming voor hebben gegeven. Zelfs als de burgers toestemming hebben gegeven om iets vast te leggen, zijn er terreinen – beschermd door mensenrechten – waar de overheid niet in mag treden. In het bijzonder mogen ze niet strafbaar stellen. Dit is het materiële rechtstaat begrip.

X.1 en 2 John Stuart Mill (1806-1873)

In *On Liberty* pleit Mill voor vrijheid. Jij bent volwassen, je kunt zelf nadenken en daar hoeft niemand zich mee te bemoeien. Als mensen bij hun volle verstand (te) veel frisdrank drinken, moeten ze dat gewoon kunnen doen. Als kritiek kun je geven dat de overheid zich er soms wel mee moet bemoeien. Als mensen te veel frisdrank drinken en vervolgens diabetes krijgen, hebben er meer mensen dan alleen de zieke hier last van, omdat de zorg betaald wordt van belasting. We betalen dus met zijn allen mee aan het herstel van de zieke, terwijl de zieke de keuze heeft gemaakt om frisdrank te drinken.

Mill zegt dat het gerechtvaardigd is om in te grijpen, zodra er schade is aangericht bij een ander. Dit is het **schadebeginsel**. Het vaststellen van de grenzen van de overheidsmacht is vooral belangrijk in een democratie. Het nadeel van de democratie is dat het het risico van de dictatuur van de meerderheid met zich meebrengt. Een volwassen individu is de soeverein van zichzelf. Volgens Mill mag er geen sprake zijn van **dwang** en ook niet van **toezicht**. Door toezicht kun je indirect gedwongen worden tot ander handelen, waardoor je niet meer vrij bent in je keuze. Je kunt mensen ook schade berokkenen door een nalaten. Stel, er ligt iemand in het water die roept ‘Help, ik verdrink’. Jij hebt hem niet in het water gegooid, dus jij hebt de schade in beginsel niet aangericht. Het is uiteindelijk jouw keuze of je deze persoon helpt of niet. Schaad je een persoon door hem niet te helpen? Mill is hier niet helemaal duidelijk over.

Mill is tegen **moralisme** en tegen **paternalisme**. Paternalisme betekent dat de ander als kind behandeld wordt. Als iemand een volwassene is, heeft niemand (overheid en samenleving) het recht om deze persoon als kind te behandelen en voor hem te beslissen wat beter is. Moralisme houdt in dat er veel dingen zijn die je niet mag doen, niet omdat het mensen schaadt, maar omdat het niet moreel of netjes is. Voorbeeld: dierenmishandeling is verboden. Daarbij is ook seks met dieren verboden, ook al schaadt dit het dier niet. Het is verboden, omdat het vies, ongepast of onfatsoenlijk is. Dit is een puur moralistisch standpunt. Mill wil dat er alleen dingen verboden worden wanneer deze anderen schaden. Mill maakt een onderscheid tussen privé en publiek handelen. Hij vindt dat, zolang je niemand schaadt, je thuis alles mag doen wat je zelf wil. Dit standpunt is misschien niet meer houdbaar in een verzorgingsstaat. Tegenwoordig raakt bijna al ons gedrag ook andere mensen (denk aan zorg, etc.).

Mill heeft een **negatief begrip van vrijheid**. Mensen mogen denken wat ze willen (vrijheid van geweten), mogen zeggen wat ze willen (vrijheid van meningsuiting), doen wat ze willen (vrijheid van handelen) en vergaderen als ze dat willen (vrijheid van vergaderen). **Isaiah Berlin** zegt dat er negatieve en positieve vrijheid bestaat. Mill gaat het alleen maar om het negatieve begrip.

Het negatieve begrip herken je aan 'vrijheid van'. Er is dan bijvoorbeeld een afwezigheid van dwang, inmenging of toezicht. Onderwijs is typisch iets waar je 'vrijheid tot' hebt. Wanneer je slim genoeg bent en je het vermogen hebt om toe te treden tot het VWO, heb je vervolgens ook de mogelijkheid om dit daadwerkelijk te doen. Je hebt dan de vrijheid tot onderwijs. Dit vereist vaak inmenging van de overheid.

Lessigs 'dot theory'

Lessig zei dat de dot (de normadressaat) op vier manieren gestuurd kan worden (law, norms, market en architectuur). **Searle** maakte een onderscheid tussen berg, muur en lijn. Als er geen berg of rivier is, kun je een muur bouwen om mensen bijvoorbeeld buiten je land te houden. Deze worden tegenwoordig steeds meer vervangen door lijnen, waardoor je niet meer fysiek belemmerd wordt. **Nudging** is iets anders dan bijvoorbeeld een wildrooster neerleggen. Dit is namelijk een fysieke belemmering, en dat is nudging juist niet. Een voorbeeld van nudgen is geen snoep, maar fruit bij de kassa te leggen. Niemand dwingt je, maar het is wel een prikkel. Nudging is het geven van een (onzichtbaar) duwtje. In cyberspace zijn dit bijvoorbeeld de instructies in hard- en software.

Midden in 19^e eeuw waren sociale regels (Victoriaanse moraal) de grootste bedreiging van de vrijheid. In het begin van de 20^e eeuw (in de tijd van communistische en fascistische regimes) was de staat (en het recht) de grootste bedreiging van de vrijheid. In het midden van de 20^e eeuw werd echter de markt gezien als de grootste bedreiging van vrijheid. Volgens Lessig is in de 21^e eeuw juist de architectuur (code) de bedreiging van de vrijheid. Het zijn de instructies van hard- en software die bepalen hoe je handelt in cyberspace. De architectuur maakt het gedrag van mensen mogelijk en onmogelijk. De code bepaalt bijvoorbeeld ook hoeveel privacy je als gebruiker moet opgeven. Een voorbeeld is camera's bij een casino. Er hangen camera's bij casino's die gokverslaafden buiten houdt. Mensen die anoniem het casino in willen, worden hierdoor gehinderd. De gokverslaafden willen graag buiten gehouden worden, maar die camera's tasten wel de privacy van 'normale' gokkers aan.

Jeremy Bentham is de grote naam die verbonden is aan het utilisme. Het 'greatest happiness principle' houdt in dat je moet streven naar het grootste geluk voor het grootste aantal mensen. Als jij denkt dat je geld op zak hebt en je wil iets kopen, moet je eigenlijk volgens een utilist afgaan of je dit geld uit moet geven aan bijv. een telefoon of moet doneren aan een goed doel. Wat zorgt voor het meeste geluk?

Utilisme gaat niet over bedoelingen, maar over de gevolgen van handelingen. Het utilisme kijkt naar het nut en het welzijn. Je bent eigenlijk nooit vrij, omdat je altijd na moet gaan hoe je gelukkig wordt. Volgens Mill bestaat er geen 'intrinsiek recht' op vrijheid. Vrijheid is belangrijk voor de bloei van de maatschappij. Maar niet als doel op zichzelf, dus als kritiek op Mill kun je zeggen dat als de meeste mensen gelukkig worden van nudgen, moet dat dan toch wel kunnen? Hier heeft Mill niet echt een goed antwoord op.

X.3 Wolfenden Rapport (1957) Lord Devlin

Wolfenden vond dat het verbod op homoseksualiteit uit het wetboek van Strafrecht moest. Hij beriep zich op het argument van Mill, dat je thuis alles mag doen, zolang er geen schade berokkend wordt. Devlin zegt dat dit helemaal verkeerd is: homoseksualiteit moet in het wetboek van Strafrecht blijven. Hij zegt dat het onderdeel is van onze **gedeelde moraal**. Zijn stelling is dat de overheid mag ingrijpen als er schending is van een moreel beginsel, die wordt aangehangen in de samenleving. Hij zegt dat een samenleving niet kan bestaan zonder gemeenschappelijke en publieke moraal: het is het cement. Het recht moet volgens hem een afspiegeling zijn van de gemeenschappelijke moraal. Dit geldt ook voor de privésfeer, ook als er niemand wordt geschaad. Het is geen eenduidig criterium. Het is niet mogelijk om

theoretische grenzen te stellen. Het is niet het oordeel van de meerderheid, ook niet strikt rationeel, maar het oordeel van de redelijke, weldenkende, doorsnee burger. Het moet niet om louter afkeer gaan, maar om een diepgevoelde walging. Dit moet beoordeeld worden per geval.

Vergelijking Mill – Devlin

Het is hier liberaal versus moralist, maar ze hanteren beide een **schadebeginsel**. Mill heeft een individueel schadebeginsel en Devlin een collectief schadebeginsel. Devlin zegt dat het schadebeginsel instrumenteel is ten behoeve van een verder gelegen doel. Het is verkeerd om homoseksueel te zijn, omdat het de samenleving schaadt. Als we de gemeenschappelijke moraal niet hanteren, stort de samenleving in elkaar volgens Devlin. Geen van beiden verdedigt vrijheid of moraal als **intrinsiek goed**. Als moralisme of paternalisme tot meer geluk zou leiden, dan moet je die vrijheid toch wel opgeven volgens Mill.

X.4 Devlins veronderstellingen

Devlin veronderstelt dat er een **gedeelde publieke moraal** is. Daarbij zegt hij dat die moraal noodzakelijk is voor het voortbestaan van de samenleving. Die betreft niet alleen het publieke, maar ook het private domein. De redelijk doorsnee burger is de graadmeter voor die moraal. Maar wanneer ben je redelijk of onredelijk? Waarom heeft hij deze burger als graadmeter? Hier zegt hij niet echt iets over. Volgens Devlin moet de wetgever die moraal wettelijk verankeren, omdat de moraal het cement van de samenleving is. Deze vooronderstellingen zijn aanvechtbaar.

XI Vergelden en voorkomen

Waarom mag de overheid zich met burgers bemoeien? Wat is de rechtvaardiging van straf? Een utilist kijkt altijd naar gevolgen. Volgens het **utilisme** is straf het bevorderen van een bepaald doel: preventie. Volgens de **deontologie** moeten we niet kijken naar de toekomst, maar alleen naar het verleden. Straf is een reactie op handelen: vergelding.

XI.1 Cesare Beccaria 1738-1794

Zijn boek *Dei delitti e delle pene* zegt hij twee dingen. Hij verwoordt voor het eerst het utilistisch antwoord. Straf is alleen gerechtvaardigd als het preventie dient. Straf is alleen gerechtvaardigd indien in overeenstemming met het Lockeans contract.

Doel van straf: preventie

Hij is expliciet tegen de vergeldingsleer. Het doel van straf kan niet leedtoevoeging zijn. De overheid moet de samenleving reguleren en hier is geen ruimte voor wrede lijfstraffen. Dit zorgt juist voor onrust (denk aan de schandpaal). Het doel van straf kan ook niet het ongedaan maken van het misdrijf zijn. Je kunt alleen aan preventie doen. Er is een onderscheid tussen **speciale preventie** (voor individu) en **algemene preventie**.

Het leed moet groter zijn dan het voordeel van het misdrijf. Iemand moet wel doorhebben dat het heel erg vervelend is, zodat hij het in de toekomst niet nog eens doet. De straf moet niet té wreed zijn, want dan loop je risico op ongevoeligheid. Door wrede straffen op te leggen kunnen zelfs nieuwe misdrijven worden gepleegd om de straf te ontlopen. Je loopt ook het risico dat straffen niet worden toegepast, omdat mensen het eigenlijk niet vinden kunnen. Dan is het te wreed en passen ze het niet toe. Denk hierbij aan het Leeuwarder arrest. Hier wilden rechters niet meewerken aan het wegsturen van mensen naar Duitse strafkampen. Beccaria zegt ook dat door samenleven mensen zachtaardiger en sensitiever worden. Daarom moeten de straffen wat milder.

Natuurrecht

Er is een **hoger recht** dat criteria levert ter beoordeling van positief recht. Dit hogere recht is eeuwig en universeel. Dit recht is kenbaar met behulp van de **menselijke rede**. Dit volgt uit de natuur en de aard van de mens. Uiteindelijk is dit een Bijbelse gedachte. God heeft de mens geschapen, en wel zo dat zij met hun gezonde verstand het natuurrecht kunnen kennen.

John Locke (1632-1704): natuurrecht

Hij bedenkt het gedachte-experiment: de natuurtoestand. Stel je voor dat er geen overheid is. De aard van de mens (door god gemaakt) is dat mensen **gelijk en vrij** zijn. Het enige recht waar ze aan onderworpen zijn is dat goddelijke natuurrecht. Mensen hebben het recht en plicht om behoud na te streven van leven, vrijheid en eigendommen. Daarbij hebben mensen het recht om aanvallers (overtreders van het natuurrecht) te straffen. Er is echter wel een onzekerheid. Het handhaven van het natuurrecht door individuen is namelijk niet effectief en niet efficiënt. Locke zegt dat het wel handig is om een overheid te hebben die natuurrecht duidelijk in wetten zet. Er moet ook een onafhankelijke rechter zijn.

Locke bedenkt het **maatschappelijke verdrag**. Dit is een verdrag tussen burgers en overheid. De overheid kan het natuurrecht immers effectiever en rechtvaardiger handhaven dan individuen. Het doel van de overheid is het beschermen van de **veiligheid en het zelfbehoud** van burgers. De partijen zijn burgers en de overheid en het contract tussen hen is voorwaardelijk bindend. De macht van de staat is dus gelegitimeerd door instemming. In de *declaration of independence* wordt het verhaal van Locke aangehaald. Amerika legt uit waarom ze de koning niet langer kunnen erkennen. Hij misbruikt zijn macht en zorgt niet goed voor de Amerikanen.

Beccaria's contracttheorie

Individueen hebben ingestemd met een overheid. Zij hebben een deel van hun vrijheid voorwaardelijk opgegeven. De overheid kan hen immers beter beschermen dan zij zelf kunnen. Dat is de reden dat de overheid individuen mag straffen. Volgens het natuurrecht hebben individu's het recht en de plicht op zelfbehoud. Daaruit leidt Beccaria af dat zij hun leven juist niet kunnen overdragen aan een overheid. Daarom is de doodstraf volgens hem niet legitiem.

Benthams panopticom: koepelgevangenis

Een koepelgevangenis is een ronde gevangenis, waar de cellen tralies hebben. Ze staan onder het **idee** van permanent toezicht. Die toezichthouders zitten helemaal in het midden van de koepel, dus de gevangenen kunnen hen niet zien. Tegenwoordig is 'de hele wereld een panopticon', aangezien er zulke moderne surveillance technieken bestaan. De straf is slechts een van de middelen om 'greatest happiness of the greatest number' te realiseren. De mensen verbeteren door ze onder (ervaring van) permanent toezicht te stellen.

XI.3 Kant (1724-1804)

De mens heeft volgens hem meerdere gezichten. Hij heeft een dualistisch mensbeeld: **de homo phenomenon** en **de homo noumenon**. De mens is iemand in de fysische wereld en aan de andere kant een moreel wezen. Volgens Kant is vereffening het belangrijkste doel van straf. Dit is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel. Er moet proportionaliteit zijn tussen misdrijf en straf (op moord staat de doodstraf).

De homo phenomenon is letterlijk de mens zoals hij aan ons verschijnt als fysiek wezen. Dit is causaal bepaald door verschillende factoren (fysieke en sociale omgeving, genen, cultuur, etc.). Deze homo phenomenon heeft alleen belangen en geen rechten. Het kan (net als een dier) worden gebruikt als middel om een doel te realiseren. Het gaat hier alleen om nut.

De homo noumenon is de mens als redelijk wezen. Deze is ontstaan om goed en kwaad te onderscheiden. Het heeft een rede en een geweten. Deze is in staat tot morele onderscheidingen die niet alleen uit zelfbehoudsdrang voortspuiten. Hij offert zichzelf soms zelfs op om anderen te redden. Het is niet een dier, maar een rechtssubject. Een drager van (mensen)rechten en plichten. Het is een doel op zichzelf, welke nooit louter als middel mag worden gebruikt. Je moet hem de ruimte geven om zijn ding te doen. Het criterium waaraan deze toetst of een handeling is toegestaan is niet nut, maar rechtvaardigheid en gelijkheid.

Retributivisme versus preventieeler

Retributivisme hoort bij de homo noumenon. Bij de preventieeler hoort de homo phenomenon. Bij het retributivisme wordt de strafmaat gekoppeld aan een verdienste (denk aan een tentamen). Bij de preventieeler wordt de strafmaat gekoppeld aan preventie (meer een recept naar hoe het beter kan). Een retributivist kijkt alleen naar het verleden, naar het delict dat gepleegd is. De preventieeler kijkt naar de toekomst en naar hoe delicten voorkomen kunnen worden. Het gaat om het nut. Bij de preventieeler is er geen principieel verschil tussen een straf en een maatregel. Er is hier geen verschil tussen oorzaken en redenen. Bij het retributivisme staat gelijkheid centraal. Er moet proportionaliteit zijn tussen het misdrijf en de straf. Hier is wel een verschil tussen straf en maatregel en tussen oorzaken en redenen.

De verenigingsleer is de gedachte dat je het retributivisme en de preventieeler samenvoegt.

XI.5 Rawls

Rawls zei dat de twee theorieën antwoorden zijn op twee verschillende vragen. Je hebt de vraag 'waarom is deze individu gestraft? Wat is de reden van de individuele strafoplegging?' en je hebt de vraag 'waartoe bestaat het strafrechtstelsel?' misschien is een oplossing van de verenigingsleer dat wanneer je vergeldt als rechter, dit ook effectief moet zijn om preventie te garanderen. De wetgever moet dit dan zo vastgelegd hebben.

Trolley probleem: ethisch gedachtenexperiment

Hoe moeten zelfrijdende auto's geprogrammeerd worden? Moet je kijken hoeveel mensen er doodgaan (utilisme)? Speelt een eigen schuld van verkeersdeelnemers een rol (Kant)? Hoe zou Mill hier over denken en hoe zou Devlin hier over denken? Dit zou een tentamenvraag kunnen zijn.